

A LEI N. 9.610 DE 19 DE FEVEREIRO DE 1998 – aspectos contraditórios.*

Vanisa Santiago

RESUMO

Analisa os aspectos contraditórios e as omissões relevantes da Lei n. 9.610/98, tecendo considerações sobre os contextos histórico, técnico e político de sua tramitação, aprovação e sanção pelo Poder Público.

Aponta as imperfeições terminológicas da Lei dos Direitos Autorais, ao citar a ausência de definição legal quanto aos conceitos de “público”, para fins de utilização de obras, e “privado” para os fins que lhe são próprios.

Conclui que a Lei n. 9.610/98, apesar de não ter sido a ideal para reger os bens intelectuais a que se destina, em um país com extrema riqueza criativa e mercado de dimensões consideráveis, foi a possível no momento histórico de sua aprovação, visto que tais aspectos negativos não lhe retiram qualidade e modernidade.

PALAVRAS-CHAVE

Lei n. 9.610/98 – Lei dos Direitos Autorais; Conselho Nacional de Direito Autoral–CNDA; ECAD.

* Conferência proferida no "Seminário sobre Direito Autoral", realizado pelo Centro de Estudos Judiciários, nos dias 17 e 18 de março de 2003, no Centro Cultural Justiça Federal, Rio de Janeiro - RJ.

1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Uma análise dos aspectos contraditórios, inconsistências e omissões relevantes que a Lei n. 9.610 de 1998 apresenta, não poderia dispensar considerações prévias e esclarecedoras sobre os contextos históricos, técnicos e político de sua tramitação, aprovação e sanção pelo Poder Público.

Na verdade a lei de 1973, vigente até a promulgação do diploma em análise, necessitava ser atualizada para que suas disposições se tornassem adequadas aos novos meios de utilização das obras, surgidos a partir do vertiginoso progresso tecnológico que se verificou nas décadas seguintes à de sua promulgação.

Algumas iniciativas nesse sentido foram tomadas no final dos anos 1980, tendo sido as mais importan-

tes movia uma completa substituição da normativa, no caso, o projeto do então Deputado José Genoíno, inspirado nos estudos que haviam sido elaborados pelos membros do CNDA.

Há cerca de sete anos, o então Deputado Aloysio Nunes Ferreira recebeu a incumbência de relatar o Projeto, encontrando grandes dificuldades para conciliar as propostas divergentes e os interesses contraditórios dos setores envolvidos, os quais impediam que o processo de modernização da legislação brasileira sobre os Direitos de Autor seguisse seu curso normal. Finalmente, em 1997, o projeto do Senado, com todos os seus apensos, foi remetido à consideração de uma Comissão Especial constituída por 40 deputados, tendo sido designado como Relator o próprio Deputado Aloysio Nunes Ferreira. Essa Comissão Especial foi presidida pelo Deputado Roberto

micos referiam-se basicamente a três questões: a da cópia privada, a da centralização da gestão coletiva dos direitos musicais de execução pública e a da existência de um órgão governamental de fiscalização e controle. Outros pontos também levantados foram os relativos à cessão de direitos, às obras realizadas por encomenda ou em cumprimento ao dever funcional e às obras audiovisuais, amplamente discutidos para que se pudesse encontrar fórmulas que harmonizassem os interesses de diferentes segmentos.

A aprovação do novo texto pela Câmara dos Deputados teve lugar no dia 10 de dezembro de 1997, após 4 horas de discussões em plenário, com a lamentável supressão dos arts. 104 e 105 do “substitutivo adotado pela Comissão”, que se referiam à compensação pela cópia privada de obras e fonogramas em suportes materiais virgens².

Uma vez aprovado na Câmara dos Deputados, o Projeto foi alvo de críticas severas que partiam do setor artístico, fortemente mobilizado contra as presunções *juris tantum* incluídas nos arts. 36, 37 e 38, relativas às obras elaboradas em cumprimento ao dever funcional, às obras por encomenda e às obras audiovisuais.

Uma vez devolvido ao Senado, sua casa de origem, o substitutivo já não poderia sofrer emendas. As únicas alternativas possíveis, conforme determina o Regimento do Congresso Nacional, seriam a de sua aprovação na íntegra ou com supressões, ou então a de sua rejeição como um todo. Com parecer favorável do Relator na Comissão de Constituição e Justiça, o substitutivo foi encaminhado à votação em plenário no dia 4 de fevereiro, durante a convocação extraordinária no período de recesso do Legislativo.

Na votação em plenário o Projeto foi uma vez mais aprovado por unanimidade pelo Senado, em regime de “urgência urgentíssima”, com a supressão dos arts. 36, 37 e 38 já mencionados, registrando-se críticas quanto à forma acelerada com que havia sido votado naquela Casa, após quase dez anos de letargia na Câmara de Deputados e quanto à manutenção da centralização da gestão coletiva dos direitos de execução pública das obras musicais e fonogramas em um escritório central, já que o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição-ECAD havia sido submetido a uma Comissão Parlamentar de Inquérito na Câmara dos Deputados,

Em Direito Autoral a noção de público não pode ser confundida com a de privacidade, como no caso do direito dos hóspedes que se encontram em um quarto de hotel. Nesse tipo de estabelecimento os apartamentos são postos à disposição de “um público”, que são os hóspedes, que obviamente têm direito à privacidade e nem por isso o uso das obras pode ser considerado privado.

tes a que se originou no então atuante Conselho Nacional de Direito Autoral-CNDA¹ e o projeto, apresentado pelo falecido Senador Luís Viana Filho em 1989, rapidamente aprovado em plenário pelo Senado Federal, sem emendas.

O Projeto oriundo do Senado, que mantinha a estrutura jurídica e técnica da lei anterior, foi encaminhado à Câmara de Deputados em 1990, sob o número 5.430, tendo sido acompanhado por diferentes relatores na Comissão de Constituição e Justiça e submetido a debates em diversas audiências públicas. Durante sua longa tramitação nessa Casa outros 33 projetos sobre a matéria foram apensados ao projeto original e apresentados por parlamentares de diferentes partidos. Alguns deles se restringiam a alterar parcialmente a Lei n. 5.988/73 e apenas um deles pro-

Brant e contou com a participação ativa da Vice-presidente, Deputada Jandira Feghali e do Deputado José Genoíno, bem como de parlamentares de diferentes cores políticas.

Concluída a árdua tarefa de examinar 34 textos diferentes, muitos dos quais continham disposições inconstitucionais, o Relator refundiu o texto do projeto original do Senado, incorporando alguns preceitos contidos no “Projeto Genoíno” e apresentando um substitutivo que foi submetido a debates entre os membros da Comissão, passando em seguida a uma fase de consultas com os setores públicos e privados interessados na matéria. Esse trabalho não se restringiu ao campo técnico-jurídico, mas também ao de articulação política de um acordo que tornasse possível a aprovação da nova lei. Durante a fase de consultas, os pontos mais polê-

que se julgou competente para avocar o exame das denúncias recebidas frente à desativação do CNDA.

Em 19 de fevereiro de 1998, a Lei n. 9.610 foi sancionada pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, em presença do Vice-presidente da República, Dr. Marco Maciel, dos Ministros de Estado da Cultura, da Ciência e Tecnologia, da Indústria, do Comércio e do Turismo e de Relações Exteriores. Na mesma cerimônia foi também sancionada a Lei n. 6.909, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador e sua comercialização no País. No ato, o Presidente comunicou sua decisão de vetar duas disposições do Projeto n. 5.430/90, a saber, o inc. IV do art. 93, considerado inadequado pelo Presidente da República ao atribuir aos produtores de fonogramas os direitos exclusivos dos autores consagrado no art. 29; e o que se referia à prescrição da ação por ato de violação aos direitos de autor.

A Lei n. 9.610 de 19 de fevereiro de 1998 foi publicada no Diário Oficial da União em 20 de fevereiro e entrou em vigor em 20 de junho de 1998. Foram revogadas as Leis ns. 6.944 de 1966 e 5.988 de 1998, no segundo caso, com exceção dos § § 1º e 2º do art. 17, relativos ao registro, mantendo-se expressamente em vigor as Leis ns. 6.533 e 6.615 de 1978, que regulamentam as profissões de artistas, de técnicos em espetáculos de diversões e de radialistas.

1.1 CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS

A Lei n. 9.610/98, que *altera, atualiza e consolida a legislação sobre Direitos Autorais e dá outras providências*, é composta de 115 artigos, distribuídos em 7 Títulos e regula os Direitos Autorais, entendendo, sob esta denominação os direitos de autor e os que lhe são conexos. Desta forma, o art. 1º reitera o conceito amplo adotado pela lei anterior para a expressão “direitos autorais”.

Os Direitos Autorais foram reputados expressamente como bens móveis, conferindo-se aos estrangeiros domiciliados no exterior o gozo da proteção concedida pelos acordos, convenções e tratados ratificados pelo Brasil, em especial no que se refere à aplicação de seus dispositivos aos nacionais ou residentes em países que assegurem reciprocamente a proteção aos brasileiros ou residentes no Brasil.

Seguindo a sistemática da Lei n. 5.988/73, no art. 5º do Título I – Disposições Preliminares, a Lei estabelece 21 definições de termos empregados em seu texto, especificando ainda, no art. 6º, que não pertencem ao domínio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios as obras por eles simplesmente subvencionadas.

Novas definições foram dadas aos termos publicação, transmissão ou emissão, fonograma, editor, produtor, radiodifusão, adequadas, em sua quase totalidade, às definições dos tratados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual–OMPI (Tratado da OMPI sobre Direito de Autor–TODA, e Tratado da OMPI sobre Interpretações, Execução e Fonogramas –TOIEF), acrescentando também alguns conceitos não-templados na legislação anterior, como os de *distribuição e comunicação ao público*.

As obras intelectuais estão descritas em nove alíneas, segundo as diferentes formas em que foram criadas: em co-autoria (e não mais em colaboração), anônimas, pseudônimas, inéditas, póstumas, originárias, derivadas, coletivas e audiovisuais.

A Lei n. 9.610/98 não considerou a presença do Estado no que se refere à existência de um organismo especializado na matéria e manifestou-se de forma sucinta e incompleta sobre as atividades das entidades de gestão coletiva. Por outro lado, declara expressamente que a proteção independe de registro, que será facultativo e oneroso, remetendo a organização desses serviços aos § § 1º e 2º do art. 17 da Lei n. 5.988/73, os quais não foram revogados.

O prazo de proteção das obras foi estendido a 70 (setenta) anos, *post mortem auctoris*, contados de forma objetiva a partir do dia 1º de janeiro do ano subsequente ao do falecimento do autor, observando-se a ordem sucessória da legislação civil e independentemente do grau de parentesco do herdeiro ou sucessor. Eliminou-se, portanto, o critério subjetivo previsto pela lei anterior, que concedia a vitaliciedade aos herdeiros de 1º grau, sem resguardar ou descartar os direitos adquiridos por herdeiros e sucessores de autores falecidos na vigência da lei anterior. As obras audiovisuais e fotográficas gozam de idêntico prazo de proteção, contado a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação.

A duração da proteção dos direitos conexos é também de 70 (se-

tenta) anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua fixação, para os fonogramas; ao de sua transmissão, para as empresas de radiodifusão e ao de sua execução ou representação pública para os demais casos.

As obras e fonogramas caídos em domínio público são de livre utilização, atribuindo-se expressamente aos herdeiros dos autores o exercício dos direitos morais de paternidade, ineditismo e modificação e ao Estado a defesa da sua integridade.

Ressaltamos que nenhuma licença não-voluntária foi instituída pela nova Lei de Direitos Autorais, que abandonou a única que existia na lei anterior (relativa às fotografias) como também a regulamentação dos denominados “Direitos de Arena”, raridade que havia sido incluída no Título referente aos Direitos Conexos.

1.2 ASPECTOS CONTRADITÓRIOS, INCONSISTÊNCIAS E OMISSÕES

1.2.1 AS DEFINIÇÕES

Ao adotar a técnica de enumerar uma série de definições dos termos de que se utiliza, a LDA cometeu algumas impropriedades e omissões, correndo o risco de, tal como a lei de 1973, sujeitar-se a uma permanente e indesejável necessidade de atualização.

Entre as impropriedades, citamos a sinonímia estabelecida entre os termos “emissão” (de obras ou fonogramas por meio da radiodifusão hertziana) e “transmissão” (de obras ou fonogramas por fios, cabos, fibras óticas ou procedimentos análogos), que correspondem a diferentes direitos exclusivos definidos nos três parágrafos do art. 11bis da Convenção de Berna³. Tais direitos podem ser exercidos em diferentes momentos para que o autor possa autorizar a radiodifusão de sua obra; a comunicação pública da obra radiodifundida quando essa comunicação for realizada por um organismo diferente do de origem; e a comunicação pública da obra radiodifundida por meio de alto-falantes ou outros aparelhos transmissores de signos, sons ou imagens.

Outra observação a ser feita diz respeito à substituição da clássica e unanimemente adotada expressão “obra em colaboração” pelo uso da fórmula “obra em co-autoria”, que nada acrescentou ou modificou ao conceito de obra criada em comum por dois ou mais autores, mas que dificulta o estudo do Direito Compa-

rado já que apenas na lei brasileira essa terminologia é utilizada.

Quanto às omissões relevantes, destacamos em primeiro lugar a da definição de “público”, em contraposição ao conceito de “privado”, já que a LDA renunciou a esclarecer o que é considerado público para fins da utilização de obras e o que significa uso privado para os efeitos que lhe são próprios.

Embora correta ao definir o que é “comunicação pública” no inc. V do art. 5º, como o ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares, a Lei n. 9.610 se confunde no Capítulo II (“Da Comunicação ao Público”) do Título VI, referindo-se apenas aos atos de representação e execução, que são espécies do gênero e esclarecendo, em forma bastante equivocada, que tais atos

não seria supérflua ou desnecessária. Segundo a disciplina do Direito de que se trate, sabemos que os conceitos de “público e privado” assumem conotações distintas. Na esfera do Direito Administrativo e do Direito Penal, por exemplo, as noções de “público e privado” nada têm em comum.

Em Direito Autoral a noção de público não pode ser confundida com a de privacidade, como no caso do direito dos hóspedes que se encontram em um quarto de hotel. Nesse tipo de estabelecimento os apartamentos são postos à disposição de “um público”, que são os hóspedes, que obviamente têm direito à privacidade e nem por isso o uso das obras pode ser considerado privado. Por outro lado, para o Direito Autoral, não é importante que os apartamentos de um hotel estejam ocupados ou que o público esteja efetivamente utilizan-

absoluta liberdade de contratação, produzindo-se por vezes efeitos contrários ao pretendidos, como consequência do desequilíbrio de forças entre as partes envolvidas.

No caso das obras coletivas, a lei omite o fato gerador a partir do qual o prazo de proteção será computado. Embora se possa estabelecer uma analogia com outros tipos de obras cuja proteção não depende da vida do autor, a incerteza persiste se considerarmos que as obras anônimas e pseudônimas têm seu prazo de duração contado a partir de sua primeira publicação enquanto as obras audiovisuais e fotográficas a partir de sua divulgação, conceito que também merece reparos por sua falta de precisão.

2 DIREITO DE DISTRIBUIÇÃO

Esse direito corresponde à faculdade que tem o titular de autorizar a posta à disposição do público de exemplares de uma obra ou fonograma, seja ao público em geral ou a uma parte do mesmo, sobretudo através de canais comerciais apropriados.

O interesse que desperta o direito de distribuição demonstra que, apesar do anunciado desaparecimento de suportes materiais no mundo digital, o controle da exploração de exemplares físicos continua e continuará a ser de grande importância para os criadores, gerando polêmicas como a da numeração dos exemplares, da necessidade de selos ou marcas de identificação.

Mesmo sabendo que a propriedade do exemplar físico da obra não confere ao adquirente nenhum direito sobre ela, nem lhe atribui mais direitos que o de desfrutá-la para seu uso privado, não se pode desprezar o fato de que o comprador de um exemplar posto em circulação de forma lícita, com a autorização dos titulares de direitos, terá um direito sobre o exemplar adquirido mediante uma primeira venda, pela qual foi paga a remuneração requerida.

De uma maneira geral, as legislações que contemplam de forma expressa o direito de distribuição admitem sua “exaustão” com a primeira venda, o que não implica em uma renúncia ao direito por parte do autor, mas que possibilita a existência de um comércio de segunda mão para a revenda de partituras, discos, livros etc., (conhecidos popularmente como *sebos*), sem que isso afete o direito do autor sobre a obra.

No que diz respeito ao direito de distribuição, o inc. IV do art. 5º da Lei n. 9.610/98 define distribuição como a colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse, o que torna evidente que trata de exemplares físicos.

são aqueles praticados em *locais de frequência coletiva*, definidos da seguinte maneira:

Art. 68, § 3º - Consideram-se locais de frequência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas.

O conceito amplo de comunicação ao público foi portanto limitado pelo disposto no art. 68 e seus parágrafos, em virtude da ausência de uma definição que, nesse caso,

do as obras que lhe são postas à disposição, através de aparelhos receptores ou reprodutores de obras e fonogramas. Basta que os bens protegidos pela LDA estejam disponíveis para consumo para que se faça necessária a autorização prévia de seus titulares, concedida em troca de uma remuneração adequada.

Como consequência, também a omissão de uma definição sobre “posta à disposição do público” é relevante e se faz notar em muitos casos, especialmente no que se refere ao direito de distribuição, como veremos mais adiante.

A ausência de qualquer referência às obras elaboradas em cumprimento ao dever funcional e às obras por encomenda, e de um modo geral, das presunções *juris tantum* incluídas inicialmente nos arts. 36, 37 e 38 do Substitutivo, resultou na transferência da matéria ao campo da mais

Nessas circunstâncias, nos encontramos frente às teorias da exaustão do direito de distribuição depois da primeira venda, ou seja, da situação na qual o titular do direito, depois de haver colocado sua obra no mercado, não pode mais impedir sua circulação, seja no âmbito nacional, no qual o direito se exaure somente no próprio país em que tem origem; regional, no qual o direito se exaure dentro de um mercado regional, como é caso da União Européia; ou internacional, no qual o direito se exaure para todo o mundo, depois da primeira venda.

O princípio da exaustão, subjacente aos direitos exclusivos de distribuição e de importação, introduz um dos mecanismos de comércio mais importantes nas definições dos direitos de propriedade intelectual, além de possibilitar o efetivo exercício do direito, o que dificilmente ocorre em sua ausência.

No que diz respeito ao direito de distribuição, o inc. IV do art. 5º da Lei n. 9.610/98 define distribuição como a colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse, o que torna evidente que trata de exemplares físicos. No entanto, cabe assinalar que a LDA não estipulou nenhum tipo de exaustão do direito, seja com alcance nacional, regional ou internacional, o que consideramos uma imperfeição a ser corrigida.

3 DIREITOS MORAIS

No Capítulo referente aos Direitos Morais algumas inconsistências se fazem notar nos §§ 1º e 2º do art. 24, que transferem o exercício de parte desses direitos respectivamente aos sucessores do autor falecido e ao Estado no caso das obras caídas em domínio público, sem esclarecer importantes detalhes.

Segundo o § 1º do art. 24 os direitos de paternidade, ineditismo, integridade e de retirada de circulação em determinadas circunstâncias, em caso de falecimento do autor, são transferidos aos seus sucessores, sem que se defina se existe, ou não, um prazo de duração para o exercício desses direitos. Cabe lembrar que os direitos morais são considerados pelo art. 27 como inalienáveis e irrenunciáveis, mas não como imprescritíveis.

Por outro lado, o § 2º declara que compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público, mas não define a autoridade ou órgão público encarregado dessa defesa nem os meios que poderão ser empregados para seu exercício. Na Lei n. 5.988/73 essa defesa era de competência do Conselho Nacional de Direito Autoral.

4 LIMITAÇÕES

Ao formular o capítulo das limitações, a LDA não utilizou uma sistematização acorde com a natureza da obra de que se trate nem com a modalidade de utilização a que se aplica ou o tipo de suporte em que a obra está contida. Não há um esquema lógico e em certos casos exagera, ao permitir apenas "a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro", o que representa um empecilho para a criação de um cânon compensatório pela "cópia privada"⁴, além de não refletir a realidade sociocultural do País.

No art. 48 a lei estabelece que as obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser *representadas* livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais, sem esclarecer o que deve ser entendido por "ser representadas" e sem mencionar se outras formas de reprodução foram excepcionadas como, por exemplo, esculturas

5 EXECUÇÃO PÚBLICA

A LDA define execução pública da seguinte forma: *Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou literomusicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.*

Reiteramos aqui a observação feita anteriormente quanto ao uso da expressão limitativa e inadequada "frequência coletiva" usada em lugar do conceito de "público".

6 GESTÃO COLETIVA

Desde 1973, com a promulgação da Lei n. 5.988, o legislador havia procurado solucionar o problema

da existência de diversas associações atuando de forma paralela na área musical, sem ferir o princípio da liberdade de associação, mas limitando-se à modalidade de exploração em que se dava esse fenômeno, por meio da criação de um organismo centralizador, de caráter obrigatório. Esse organismo recebeu o nome de *Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD*.

O mesmo diploma legal criou também o organismo governamental de consulta e fiscalização, denominado *Conselho Nacional de Direito Autoral – CNDA*, facultado, entre outras atribuições, a expedir autorizações de funcionamento para as associações de autores, ditando normas de procedimentos a elas e ao ECAD, fiscalizando seu cumprimento, criando uma instância administrativa habilitada a interpretar a lei e dirimir os conflitos que lhes fossem submetidos, homologando as tabelas de preços e as regras de distribuição a serem empregadas.

Com relação às associações de autores, a lei estabeleceu um modelo específico e único de regras estatutárias, relativas à composição de seus órgãos diretivos, ao prazo de duração dos mandatos, à regulamentação da participação das minorias nos processos eleitorais internos e aos procedimentos contábeis, entre várias outras questões. Da mesma forma, a constituição do ECAD teria de obedecer às regras inseridas na legislação, que outorgou ao CNDA poderes de intervenção no ECAD e nas sociedades, em determinadas circunstâncias.

Apesar do fato de haver sido criado de forma compulsória, por via de lei, o ECAD foi constituído como uma organização de *caráter privado*, composta por associações também de caráter privado, encarregadas de sua administração.

Ao determinar a centralização da gestão coletiva, o legislador brasileiro ocupou-se apenas do campo onde se produziam os problemas mais sérios na prática do Direito Autoral, ou seja, com o sistema dos direitos de execução pública musical de obras e fonogramas, muito embora, segundo algumas opiniões, a primeira intenção do legislador tenha sido a de criar um tipo de federação que reunisse todas as categorias de direitos, o que afinal não se concretizou⁵.

A partir do advento da Constituição Federal de 1988, a recepção da Lei n. 5.988 no que se refere à obrigatoriedade da existência do

ECAD e à exclusividade de que dispõe passou a ser discutida, tendo sido a questão levada aos Tribunais por uma das sociedades integrantes, desejosa de criar outra alternativa para a gestão dos direitos.

Com a outorga da nova Lei brasileira de 1998 a situação da gestão coletiva pouco se alterou. A Lei n. 9.610/98 excluiu toda e qualquer referência ao antigo Conselho Nacional de Direito Autoral e não instituiu qualquer órgão de supervisão, controle ou fiscalização das atividades das entidades de gestão coletiva, que dispensam uma autorização específica para funcionar no País.

Em forma bastante tímida, a lei dispõe que, para o exercício e defesa de seus direitos, os titulares poderão associar-se sem intuito de lucro, vedando apenas a filiação a mais de uma associação para a gestão coletiva de direitos da mesma natureza. Nenhum outro requisito é exigido

seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial e extrajudicial de seus direitos e para sua cobrança. No entanto, apesar dessa estipulação, os titulares poderão exercer pessoalmente todos os direitos conferidos por meio desse mandato, prévia comunicação à associação a que pertençam, tal como dispõe a Lei n. 5.988/73.

Para a gestão coletiva dos direitos de execução pública, inclusive por meio da radiodifusão, da transmissão por qualquer modalidade e da exibição cinematográfica, as associações permaneceram obrigadas a "manter" um escritório central único para a arrecadação e distribuição dos direitos relativos às obras musicais, literomusicais e aos fonogramas. Embora não lhe tenha sido atribuído um nome, o órgão centralizador, que deixou de ter uma relação de subordinação com qualquer órgão público, assim como as associações, tem a obri-

controlados quase sempre por grupos editoriais, que negociam diretamente o uso de seus catálogos, de forma nem sempre considerada transparente.

Quanto à discussão que envolve a questão de saber se o ECAD constitui ou não um monopólio, que, aliás, se encontra *sub judice*, nos parece interessante citar o parecer frequentemente utilizado pelo ECAD, de autoria do Professor Celso Bastos, que considera que a Constituição manifestou o nítido propósito de conferir uma proteção ao direito dos autores, transferindo à Lei a competência para encontrar a melhor forma de atingir tal objetivo. Ao não haver lesão à livre iniciativa e, segundo o mestre, "não cuidar precisamente de uma atividade econômica" e sim de um "serviço" de proteção ao interesse coletivo que só pode ser defendido de forma unificada, não estariam em presença de um monopólio. No caso, a livre concorrência, ao invés de suscitar um melhor atendimento dos autores, deixá-los-ia ao desabrigo e ao relento, beneficiando, destarte, apenas as associações que conseguissem explorar as obras e não aos autores⁶.

Com a devida vênia, consideramos que desde 1973, quando o legislador brasileiro criou o ECAD submetendo-o à fiscalização estatal do Conselho Nacional de Direito Autoral – CNDA, seguiu a definição e o conceito de monopólio e não de serviço, sem dúvida alguma. Caso se tratasse de um serviço, o ECAD estaria sujeito à tributação correspondente, o que não ocorre. É interessante notar que mais de uma década depois, ao formular um laudo na qualidade de assistente técnico dos embargantes, nos autos dos embargos a uma ação judicial interposta pela sociedade SICAM, o ilustre autoralista João Carlos Muller Chaves haja dito taxativamente:

O autor e seu editor podem estar filiados a associações diferentes, caso em que o ECAD (que é formado pela totalidade das associações e exerce o monopólio da cobrança e da distribuição) pagará ao autor a sua parte, através da associação a que ele esteja filiado, e pagará ao editor através da associação a que pertença. Independentemente do monopólio da cobrança coletiva, a lei permite que os titulares pratiquem pessoalmente a cobrança e a defesa dos direitos autorais (parágrafo único do art. 104), coisa que, na prática, inexistiu⁷...

Com a outorga da nova Lei brasileira de 1998 a situação da gestão coletiva pouco se alterou. A Lei n. 9.610/98 excluiu toda e qualquer referência ao antigo Conselho Nacional de Direito Autoral e não instituiu qualquer órgão de supervisão, controle ou fiscalização das atividades das entidades de gestão coletiva, que dispensam uma autorização específica para funcionar no País.

do às associações para que se constituam e exerçam suas funções, o que parece revelar um certo desconhecimento do importante papel que essas organizações desempenham no mundo moderno. Prevaleceu nesse caso, segundo tudo indica, o entendimento dado aos incs. XVII e XVIII do art. 5º da Constituição Federal, que asseguram a plena liberdade de associação para fins lícitos, salvo as de caráter paramilitar, e o princípio de que as associações independem de autorização para serem criadas, vedada a interferência estatal em seu funcionamento.

Dispõe a Lei n. 9.610/98 que os titulares poderão transferir-se livremente, e a qualquer momento, para outra associação, bastando para tanto uma comunicação por escrito à associação de origem. Pelo ato de filiação, as associações tornam-se mandatárias de

gação legal de recolher os valores arrecadados por via bancária e de obedecer a poucas regras obrigatórias.

A lei diz ainda que esse escritório será dirigido e administrado pelas associações que o integram e não terá finalidade de lucro, conferindo expressamente às associações e ao escritório central a qualidade de substitutos processuais dos titulares a eles vinculados. Aos sindicatos e associações profissionais que congreguem pelo menos um terço dos membros de uma associação autoral foi facultado examinar a exatidão das contas prestadas a seus representados por meio de um auditor, uma vez por ano e mediante notificação com oito dias de antecedência.

Tal como na lei anterior, o novo ordenamento jurídico excluiu do modelo centralizado criado para a área musical os direitos de reprodução,

Examinando por um outro aspecto a controvertida questão, poderíamos indagar se alguma outra associação poderia atuar, no Brasil, com atividades idênticas às que ele exerce, o que certamente mereceria uma resposta negativa por parte do órgão centralizador que, por vias judiciais, tem impedido que tal fato ocorra, aplicando inclusive a penalidade de expulsão, que não consta de seu Estatuto, a algumas sociedades que pretenderam criar um sistema paralelo.

Ao garantir a manutenção do privilégio da exclusividade para um único setor da gestão coletiva, por mais que tal decisão seja legitimada pelo interesse dos autores, o Estado brasileiro abandonou as prerrogativas que anteriormente se havia reservado e que ofereciam garantias de transparência e equilíbrio frente ao interesse público, à cultura e ao desenvolvimento social da população. Enquanto isso, todas as legislações do continente prevêem a existência de organismos governamentais que, além das tarefas de supervisão, servem como intermediárias em alguns tipos de conflitos, interpretam as disposições legais, contribuem para o aprimoramento das instituições e da legislação nacional, bem como participam da elaboração de novos convênios e tratados internacionais sobre a matéria.

Sob a égide da Lei n. 5.988/73, o antigo CNDA realizou um importante papel de promoção e normalização do Direito Autoral, praticando algumas intervenções nas sociedades e no próprio ECAD, todas elas motivadas por questões contábeis. Vale ressaltar que durante a primeira das duas intervenções à que o ECAD foi submetido, realizada na gestão do então Presidente José Carlos Costa Netto com o propósito de sanear as finanças do escritório, foi implantado o primeiro sistema informatizado de distribuição mensal e simultânea dos direitos autorais e conexos, que prestou relevantes serviços à coletividade por muitos anos.

7 A AGENDA DIGITAL

Convém recordar que, embora ainda não os haja ratificado, nosso País participou ativamente de todas as discussões dos Tratados da OMPI, que já se encontram em plena vigência no plano internacional. Durante a elaboração desses instrumentos, em especial o Tratado da

OMPI sobre Direitos Autorais, foi acordado que a questão da proteção das obras intelectuais postas à disposição do público através de meios digitais poderia ser solucionada pelas legislações nacionais dos países por meio do reconhecimento de um direito de comunicação ampliado, que resultaria da combinação de vários direitos, em especial do direito de distribuição, ou por meio do estabelecimento de um novo direito específico.

Na que se refere aos direitos de comunicação pública, o art 8º do Tratado consagra um direito exclusivo de autorizar qualquer comunicação ao público das obras por meios que utilizem, ou não, cabos ou fios, compreendida a posta à disposição do público, de tal forma que os membros do público possam a elas aceder desde o lugar e no momento que cada um deles a escolha. Com essa definição, ficou claro que o novo conceito de comunicação compreendia a transmissão interativa e a oferta de serviços "a pedido", o que em certos casos pode significar a presença convergente do direito de reprodução, sempre que a obra se encontra reproduzida na base de dados original ou quando o destinatário da obra efetue uma cópia da mesma. No mesmo sentido se expressa o Tratado da OMPI sobre Interpretações e Fonogramas.

A lei brasileira, que é posterior aos referidos tratados, adotou parte da agenda digital mas não solucionou antigos problemas referentes a definições inadequadas e como já foi mencionado, não definiu o que é considerado público para fins da utilização de obras. Nesse sentido, o autoralista Marcos Alberto Bitelli assinala que a falta de acuidade e objetividade nesse caso é tão grande que as batalhas judiciais vêm se acumulando no Poder Judiciário⁸.

A transposição da agenda digital dos Tratados da OMPI, no caso da Lei n. 9.610 de 1998, foi feita de forma incompleta também sob outros aspectos, como o que diz respeito à falta de adequação ou de normas de ajuste para a aplicação das limitações ao entorno digital, o que tornaria inócua, por exemplo, a permissão para a reprodução apenas para pequenos trechos para uso pessoal do copista.

Ao mesmo tempo em que não existem definições para as diferentes atividades que envolvem o uso de criações intelectuais em ambiente digital, muito menos quanto à res-

ponsabilidade de agentes ou dos serviços intermediários em casos de violação aos direitos dos autores e dos titulares de direitos conexos, no caso da proteção jurídica das informações sobre a gestão, a lei simplesmente transpõe a norma do Tratado da OMPI sobre Direito de Autor sem esclarecer a que tipo de informação se refere ou pretende proteger, o que poderia e deveria ter sido feito.

Resta ainda à nossa legislação, portanto, definir a natureza da transmissão digital, que inclui um ato de reprodução com caráter de direito exclusivo, os diferentes níveis de responsabilidade dos prestadores de serviços, sejam provedores de conteúdo ou intermediários e criar condições favoráveis para que a LDA cumpra corretamente seus objetivos.

8 A PRESCRIÇÃO DA AÇÃO CIVIL POR OFENSA AOS DIREITOS DE AUTOR E EVENTUAIS CONTRADIÇÕES FACE AO CÓDIGO CIVIL

Como mencionamos na primeira parte do presente estudo, ao sancionar a Lei n. 9.610/98, o Presidente Fernando Henrique Cardoso vetou o art. 116 do "Substitutivo Adotado pela Comissão", que se referia à prescrição da ação por violação aos direitos de autor, no prazo de cinco anos, contados a partir da ciência da infração. Ao não ser possível o efeito repristinatório da regra geral do Código Civil, substituída em matéria de Direito Autoral pelo art. 131 da Lei n. 5.988, surge mais uma inconsistência na normativa sobre a matéria, que agora deverá ser estudada à luz do novo Código Civil.

A mesma referência ao Código Civil se aplicaria ao disposto no art. 39, que determina que os direitos patrimoniais do autor, excetuados os rendimentos resultantes de sua exploração, não se comunicam, salvo pacto antenupcial em contrário.

A Lei n. 9.610 de 19 de fevereiro de 1998 é, portanto, a Lei que foi possível no momento de sua aprovação, mas não a lei ideal para reger os bens intelectuais aos quais se destina, em um país de extrema riqueza criativa e mercado de dimensões consideráveis. A crítica feita neste trabalho tem a intenção de chamar a atenção para os aspectos contraditórios e negativos que, de nenhuma forma, lhe retiram qualidade ou modernidade.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 Lei n. 5.988 de 14 de dezembro de 1973 – “Art. 116 – O Conselho Nacional de Direito Autoral – CNDA é o órgão de fiscalização, consulta e assistência, no que diz respeito a direitos do autor e direitos que lhe são conexos”. O CNDA foi desativado no início do mandato do ex-presidente Collor de Mello.
- 2 O cânon compensatório pela “cópia privada” foi adotado pela primeira vez pela legislação alemã em 1965 e tem por base o §2º do art. 9º do Convênio de Berna.
- 3 O Brasil aderiu ao Convênio de Berna de 1886, em 1922, e sua revisão de Paris de 1971 foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 94 de 4/12/1974. Foi convertida em lei interna por meio do Decreto n. 75.699, promulgado em 6 de maio de 1975 pelo Presidente Ernesto Geisel que diz: *“Havendo a referida Convenção entrado em vigor, para o Brasil, em 20 de abril de 1975, decreta: Que a Convenção, apensa por cópia ao presente Decreto, seja executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.* Observe-se que a parte substantiva do Convênio de Berna tornou-se obrigatória entre os Estados, e não apenas entre particulares, mediante sua incorporação pelo acordo TRIPS.
- 4 Lei n. 9.610/98 – Art. 46, inc. II.
- 5 TEIXEIRA, Vera e EGÉA, Maria Luiza. *Administração Coletiva de Direitos Autorais* © 1994 “Prêmio Jurídico CISAC de 1994”.
- 6 O jurista Celso Bastos é Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Universidade Estadual Paulista e o parecer citado tem data de 10 de outubro de 1994.
- 7 Laudo técnico apresentado pelas empresas embargantes EMI, Sony e outras à 19ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, datado de 21/12/1994
- 8 CAMARGO VIANA, Rui Geraldo e ANDRADE NERY, Rosa Maria B. de. *A inserção do Direito do Autor na CF*, artigo publicado em “Temas de Direito Civil na Constituição Federal, (org) São Paulo: RT, 2000”.

ABSTRACT

The authoress analyzes the adversary aspects and the relevant omissions of the Law n. 9,610/98, commenting on the historical, technical and political contexts during its proceeding, approval and sanction by the Public Power.

She draws attention to the imperfections of the terminologies of the Copyright Law, as she quotes the absence of legal definition regarding the concepts of public, for the utilization of works, and private ones for their own purposes.

She concludes that the Law n. 9,610/98, despite not being the ideal to rule the intellectual goods which are its purposes, in a country that owns an extreme creative wealth and it is a market of considerable dimensions, was the one possible within the historical moment of its approval, for such negative aspects haven't removed its quality and modernity.

KEYWORDS – Law n. 9,610/98 – Copyright Law; National Council of Copyright – “CNDA; ECAD”.

Vanisa Santiago é Perita da Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI e Advogada no Rio de Janeiro-RJ.